

2

februari 2013
vijfentwintigste jaargang

Tijdschrift voor
Media- en
Communicatierecht

Mediaforum

De multibandveiling: een succes?

Johan Wolswinkel

Beoordeling van perspublicaties

Welke feiten tellen mee?

Marc de Kemp

VMC-Studiemiddag 23 november 2012
Grondwettelijke bescherming van digitale
communicatie

Tineke van de Bunt

Jurisprudentie

Nr. 4 • EHRM 10 januari 2013, Ashby Donald
e.a./Frankrijk m.nt. D. Voorhoof

Nr. 5 • Rb. Amsterdam 14 juni 2012,
Filmotech/NPO m.nt. A.C. Rop

Nr. 6 • CBB 24 mei 2012, T-Mobile/Min. ELI
m.nt. B.J.H. Braeken

Nr. 7 • CBB 22 juni 2012, SURFnet/OPTA
m.nt. S.J.H. Gijrath

Nr. 4 Ashby Donald e.a./Frankrijk

EHRM 10 januari 2013 (appl. nr. 36769/08)

In Frankrijk werden drie modefotografen veroordeeld wegens inbreuken op het auteursrecht. Ze hadden foto's genomen tijdens modeshows in Parijs en deze foto's gratis of tegen betaling openbaar gemaakt en verspreid via de website 'Viewfinder'. Duidelijk was dat de fotografen de accreditatievoorwaarden die hen waren opgelegd door de organisator en rechtenhouders (de Franse modehuizen) van de Parijse modeshows niet hadden nageleefd en daarmee inbreuk hadden gepleegd op het auteursrecht. De Franse modehuizen konden zich inderdaad beroepen op de auteursrechtelijke bescherming van hun werken, terwijl de persfotografen *in casu* geen beroep konden doen op de uitzonderingsgrond inzake journalistiek of informatieve doeleinden. De fotografen werden veroordeeld tot boetes van € 3.000,- tot € 8.000,- en een forse schadevergoeding van € 255.000,-. Het EHRM vindt dat die veroordeling weliswaar neerkomt op een overheidsinmenging in de expressievrijheid van de persfotografen zoals beschermd door art. 10 EVRM, maar een schending van dit artikel kan het Hof niet vaststellen. Het EHRM benadrukt dat de openbaarmaking en verspreiding van de foto's op internet neerkomt op een vorm van 'commercial speech' en dat de foto's op geen enkele wijze een bijdrage leverden tot een discussie of debat van maatschappelijk belang. Aan de Franse rechtscollages werd een opvallend ruime 'margin of appreciation' gelaten bij de beoordeling van de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de gewraakte overheidsinmenging in toepassing van het auteursrecht. Geen inbreuk op art. 10 EVRM.

Het arrest (in het Frans) is te vinden op <http://bit.ly/U73GwE>, red.

Noot

Dirk Voorhoof

Auteursrecht en expressievrijheid: artikel 10 EVRM in het geding

Met het arrest van 10 januari 2013 in de zaak *Ashby Donald e.a./Frankrijk* (hierna: *Donald*) maakt het EHRM duidelijk dat toepassingen van het auteursrecht die beperkingen opleggen aan de expressie- en informatievrijheid ultiem de toets aan art. 10 EVRM moeten kunnen doorstaan. Het arrest impliceert dat het niet volstaat dat rechtscollages een inbreuk vaststellen op het auteursrecht en vervolgens tot veroordeling overgaan van de inbreukmaker in de vorm van een stakingsbevel, civielrechtelijke schadevergoeding of strafsanctie of het opleggen van een of andere (dwang)maatregel om de bescherming van het auteursrecht af te dwingen of inbreuken te sanctioneren. Van zodra in toepassing van het auteursrecht een rechterlijke beslissing of 'overheidsinmenging' gevorderd wordt die een restrictie oplegt aan de expressie- en informatievrijheid, moet nagegaan worden of die inmenging beantwoordt aan de voorwaarden van art. 10 § 2 EVRM.

In de zaak *Donald* is het duidelijk voor het EHRM dat deze situatie zich inderdaad voordoet. De veroordeling in Frankrijk van drie persfotografen die zonder de noodzakelijke toestemming modefoto's via een website publiek hebben medegedeeld, komt volgens het Hof inderdaad neer op een inmenging in hun expressievrijheid:

la publication des photographies litigieuses sur un site Internet dédié à la mode et proposant au public des images de défilés à la consultation libre ou payante et à la vente relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression, et que la condamnation des requérants pour ces faits s'analyse en une ingérence dans celui-ci (§ 34).

Onvermijdelijk moet een dergelijke veroordeling in toepassing van de auteurswet de toets aan art. 10 § 2 EVRM kunnen doorstaan. Immers:

Pareille ingérence enfreint l'article 10, sauf si, « prévue par la loi », elle poursuivait un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 et était « nécessaire, dans une société démocratique », pour le ou les atteindre (§ 35).

Hoewel reeds eerder in sommige Straatsburgse beslissingen een aanzet was gegeven tot een dergelijke toepassing van art. 10 EVRM en ook in de rechtsleer deze implicatie van art. 10 EVRM reeds onder de aandacht was gebracht, is het de eerste keer dat in een arrest van het

EHRM op deze wijze toepassing wordt gemaakt van art. 10 EVRM (voor een situering, zie P. Torremans (ed.), *Copyright and Human Rights. Freedom of Expression – Intellectual Property – Privacy*, The Hague/London/New York, Kluwer Law International, Information Law Series, 2004; J. Griffiths & U. Suthersanen (eds.), *Copyright and Free Speech. Comparative and international analyses*, Oxford, Oxford University Press, 2005; M. de Cock Buning, 'Auteursrecht en informatievrijheid: over de beperkte toepassing van artikel 10 EVRM,' *Mediaforum* 2005-4, p. 157-165 en D. Voorhoof, 'La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect de droit d'auteur? La parodie en tant que métaphore,' in A. Strowel en F. Tulkens (eds.), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Brussel, Larcier, 2006, p. 39-69). Het volstaat bijgevolg niet om te argumenteren dat een bepaald ongeautoriseerd gebruik van een auteurswerk in de vorm van een reproductie, adaptatie of publieke mededeling geen aanspraak kan maken op een uitzonderingsgrond die in de auteurswet zelf is voorzien. Daarbovenop moet ook gemotiveerd worden dat de veroordeling wegens inbreuk op de auteurswet noodzakelijk is in een democratische samenleving, met de eraan verbonden pertinentie- en proportionaliteitstoets van art. 10 § 2 EVRM. In de zaak *Donald* leidt dit *in concreto* evenwel niet tot de vaststelling van een inbreuk op art. 10 EVRM, omdat de Franse rechtscollages op een voor het EHRM aanvaardbare wijze tot veroordeling van de inbreukmakers hebben beslist. De uitkomst van deze zaak is dat modefotografen via een accreditatiesysteem effectief kunnen worden beperkt in het openbaar maken of publiceren van foto's die zij hebben gemaakt van modeshows. Tot die modeshows krijgen zij pas toegang als ze zich akkoord verklaren met de restrictieve voorwaarden inzake het verder gebruik van de foto's, voorwaarden die hen zijn opgelegd door de organisatoren en modehuizen die het auteursrecht claimen op de haute couture kledij die op de catwalk getoond is (naast ook meestal het portretrecht van de modellen). Het EHRM vindt dat die beperking op de expressievrijheid van de persfotografen en concreet hun veroordeling tot een boete en forse schadevergoedingen wegens het niet respecteren van de auteursrechtelijke aanspraken van de modehuizen, *in casu* geen schending oplevert van art. 10 EVRM. Wat opvalt is dat aan de nationale rechtscollages een ruime beoordelingsmarge, een bijzonder belangrijke 'margin of appreciation' is gelaten voor het afwegen van de in het geding zijnde rechten en belangen. Het arrest heeft het in deze concrete zaak over 'une marge d'appréciation particulièrement importante' (§ 41).

De bijzonder belangrijke appreciatiemarge die het Hof laat aan de nationale instanties heeft twee redenen. Eén reden heeft specifiek te maken met de aard en de context van de foto's in dit concrete geval, de tweede reden is van meer structurele aard en volgt uit de afweging die moet gebeuren tussen twee botsende fundamentele rechten.

De eerste reden waarom het Hof geen al te strikt toezicht wil uitoefenen en de impact van art. 10 EVRM in deze zaak beperkt houdt, heeft te maken met de commerciële context van de foto's. Volgens het Hof betreft de publicatie van de foto's op de website van de persfotografen immers een vorm van 'commercial speech', die hoe dan ook slechts aanspraak maakt op een heel laag niveau van bescherming door art. 10 EVRM. Commercial speech of reclame verschilt in dat opzicht sterk met andere uitingen van gedachten, opinies of informatie die een bijdrage leveren aan het maatschappelijk debat of een politieke of journalistieke functie hebben. In deze zaak merkt het Hof op:

En l'espèce, les photographies litigieuses ont été publiées sur un site Internet appartenant à une société gérée par les deux premiers requérants, dans le but notamment de les vendre ou d'y donner accès contre rémunération. La démarche des requérants était donc avant tout commerciale. De plus, si l'on ne peut nier l'attrait du public pour la mode en général et les défilés de haute couture en particulier, on ne saurait dire que les requérants ont pris part à un débat d'intérêt général alors qu'ils se sont bornés à rendre des photographies de défilés de mode accessibles au public (§ 39).

Ook het arrest van de Grote Kamer in *Mouvement Raëlien Suisse/Zwitserland* (EHRM (GK) 13 juli 2012) geeft blijk van een analoge benadering:

Whilst there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech [...], a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion [...]. Similarly, States have a broad margin of appreciation in the regulation of speech in commercial matters or advertising (§ 61).

De lidstaten en hun rechtscollages zijn inderdaad zelf beter geplaatst om de noodzakelijkheid te beoordelen van beperkingen in de sfeer van moraliteit en godsdienst enerzijds, en in verband met reclame en

commerciële communicatie anderzijds. Deze gedifferentieerde aanpak bij de toepassing van art. 10 EVRM, die voor commercial speech of reclame maar weinig bescherming oplevert, is een constante in de rechtspraak van het EHRM (zie ook al EHRM 20 november 1989, *Markt intern Verlag GmbH en Klaus Beermann/Duitsland* en EHRM 24 februari 1994, *Casado Coca/Spanje*).

In de voorliggende zaak is er geen indicatie dat de foto's op de website van de persfotografen ook maar enige bijdrage leverden tot een maatschappelijk debat. Het Hof laat er evenmin twijfel over bestaan: 'La démarche des requérants était donc avant tout commerciale'. Mocht er wel sprake zijn geweest van een (journalistieke) bijdrage over een thema-tiek van maatschappelijk belang, dan had het EHRM ongetwijfeld een strikter toezicht uitgeoefend op de gewraakte overheidsinmenging (vgl. EHRM 25 maart 1985, *Barthold/Duitsland*; EHRM 25 augustus 1998, *Hertel/Zwitserland*; EHRM 17 oktober 2002, *Stambuk/Duitsland*; EHRM 4 oktober 2007 en EHRM (GK) 30 juni 2009, *Vereinigung Gegen Tierfabriken Schweiz VGT/Zwitserland* en EHRM 8 november 2012, *Peta Deutschland/Duitsland*). Nu blijft de vraag onbeantwoord omtrent het legitiem karakter van de voormelde accreditatietoestemmingen voor persfotografen wanneer het beeldmateriaal wel zou gebruikt worden voor journalistieke doeleinden of om een bijdrage te leveren aan een maatschappelijk debat, bijvoorbeeld over het vrouwbeeld in de modewereld, over de werkomstandigheden voor fotomodellen of over seksuele intimidatie, drugsgebruik of fraude in de glitterwereld van de Franse mode en design.

De tweede reden waarom het EHRM een ruime beoordelingsmarge laat aan de Franse rechtscollages heeft te maken met een klassieke benadering van het Hof wanneer het te maken krijgt met de botsing, met een conflict van twee EVRM-grondrechten. In een dergelijke situatie kiest het Hof nl. voor een afweging van de in het geding zijnde rechten en aanspraken, de conflicterende rechten met elkaar in de balans plaatsend. Vooral in zaken waar het recht op privacy of de bescherming van de eer en goede naam in toepassing van art. 8 EVRM 'botste' met het recht op expressievrijheid van art. 10 EVRM heeft het Hof ondertussen een uitgebreide rechtspraak opgebouwd en criteria uitgewerkt hoe deze conflicterende rechten in *concreto* tegen elkaar af te wegen, daarbij telkens een zekere ruimte latend voor de margin of appreciation (zie vooral EHRM (GK) 7 februari 2012, *Van Hannover nr. 2/Duitsland* en EHRM (GK) 7 februari 2013, *Axel Springer AG/Duitsland*. Voor een grondige situering, zie E. Brems (red.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2008).

Dat het auteursrecht eveneens het statuut van EVRM-mensenrecht verwerft, mag op het eerste gezicht opmerkelijk lijken, het is geenszins verrassend. Art. 1 van het Eerste Protocol van het EVRM beschermt immers het eigendomsrecht en sinds het arrest van de Grote Kamer in de zaak *Anheuser-Busch Inc./Portugal* bestaat er geen twijfel over dat op basis van dit artikel ook de bescherming kan ingeroepen worden van intellectuele eigendomsrechten (EHRM (GK) 11 januari 2007). Door het auteursrecht onder de bescherming te brengen van het eigendomsrecht en door de veroordeling van de drie persfotografen wegens inbreuk op het auteursrecht te beschouwen als een inmenging in hun expressievrijheid, moest onvermijdelijk in de voorliggende zaak een conflict worden vastgesteld tussen de rechten bedoeld in art. 1 van het Eerste Protocol en art. 10 EVRM. Het Hof wijst er op dat

l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des requérants visait à la protection des droits d'auteur des créateurs de mode. Dès lors que l'article 1 du Protocole n° 1 s'applique à la propriété intellectuelle [...], elle visait ainsi à la protection de droits garantis par la Convention ou ses Protocoles (§ 40).

Eerder, in een beslissing van 7 juli 2005 had het Hof ook laten verstaan dat het auteursrecht aanspraak kon maken op het door art. 1 van het Eerste Protocol beschermde eigendomsrecht (EHRM (beslissing) 7 juli 2005, *Melnichuk/Oekraïne*).

Bij de afweging tussen botsende EVRM-rechten heeft het EHRM al eerder de stelling ingenomen dat 'it requires strong reasons for the European Court to substitute its view for that of the domestic courts' (EHRM (GK) 7 februari 2012, *Axel Springer AG/Duitsland*, § 88). Het feit dat de nationale rechtscollages in deze context van conflicterende grondrechten een ruime beleidsmarge wordt gelaten, sluit evenwel niet uit dat het Hof kan overgaan tot een grondige analyse van de wijze waarop de nationale rechtscollages hun argumentatie hebben opgebouwd en tot een beslissing zijn gekomen. Zo kan het EHRM uiteindelijk toch op een andere manier, met andere criteria de afweging doen en finaal tot een andere conclusie komen dan de nationale rechtscollages en dus soms toch een inbreuk vaststellen op het recht op expressievrijheid (EHRM (GK) 7 februari 2012, *Axel Springer AG/Duitsland*).

Het arrest van het EHRM in de zaak *Donald* sluit ook aan bij een ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU. In een reeks recente arresten heeft ook het HvJEU het afdwingen van het auteursrecht en naburige rechten in balans proberen brengen met andere fundamentele rechten en vrijheden. In het arrest in de zaak *Scarlet/Sabam* luidt het dat

the protection of the right to intellectual property is indeed enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'). There is, however, nothing whatsoever in the wording of that provision or in the Court's case-law to suggest that that right is inviolable and must for that reason be absolutely protected (§ 43).

Het HvJEU koppelde daaraan de overweging dat 'the protection of the fundamental right to property, which includes the rights linked to intellectual property, must be balanced against the protection of other fundamental rights', hieronder begrepen ook het recht op vrijheid van expressie en informatie beschermd door art. 10 EVRM. Het Hof verduidelijkte dat 'in the context of measures adopted to protect copyright holders, national authorities and courts must strike a fair balance between the protection of copyright and the protection of the fundamental rights of individuals who are affected by such measures' (HvJEU 24 november 2011, C-70/10, *Scarlet Extended NV/Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* en HvJEU 16 februari 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)/Netlog NV*. Zie ook HvJEU (GK) 16 december 2008, C-73/07, *Tietosuoja ja valtuutettu/Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*).

Met deze Europese rechtspraak van het HvJEU en vooral met het arrest van het EHRM in de zaak *Donald* is bevestigd dat toepassing van de auteurswetgeving slechts op een pertinente en proportionele wijze enige beperking mag inhouden op de expressievrijheid zoals beschermd door art. 10 EVRM. Het arrest in de zaak *Donald* zet evenwel geen bakens uit of ontwikkelt zelf geen criteria omtrent de wijze hoe de belangenafweging tussen beide fundamentele rechten dient te gebeuren. Een aantal nationale rechtscollages heeft ondertussen wel reeds duidelijk gemaakt dat in bepaalde gevallen bij een botsing tussen auteursrechtelijke aanspraken en recht op expressievrijheid, aan dit laatste recht voorrang kan worden gegeven. In die gevallen werd inderdaad, impliciet of expliciet, geoordeeld dat een toepassing van het auteursrecht zou leiden tot een inperking van de expressievrijheid die niet nodig was in een democratische samenleving (zie o.a. voor wat Nederland betreft Rb. Amsterdam, 22 december 2006, *Staat der Nederlanden/Greenpeace* (LJN AZ5624) en Rb. 's-Gravenhage (kort geding) 4 mei 2011, *Louis Vuitton/Nadia Plesner*, <http://bit.ly/14N8qMs>). Het arrest in *Ashby Donald e.a./Frankrijk* mag dan niet meteen de bakens uitzetten, het is in elk geval een ferm schot voor de boeg.

Voor een grondiger analyse van het arrest en de eerste commentaren, zie EHCR Blog, <http://bit.ly/XZUp9V>; Kluwer Copyright Blog (<http://bit.ly/ViDn5a>), IPKat Blog, <http://bit.ly/Z4T32P> en IE-Forum Blog DeLex <http://tinyurl.com/avk8ngf>.